

# Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw

Citation for published version (APA):

Nijholt, H. (1996). *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Universiteit Maastricht. <https://doi.org/10.26481/dis.19960202hn>

## Document status and date:

Published: 01/01/1996

## DOI:

[10.26481/dis.19960202hn](https://doi.org/10.26481/dis.19960202hn)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 06 May. 2023

## Samenvatting

### *Gemeentelijke aanbestedingsbevoegdheid*

Van een overheidsaanbesteding is sprake als een aanbesteder een al dan niet beperkte kring van aannemers uitnodigt tot het doen van een aanbod. De grondslag voor het door de gemeente te voeren aanbestedingsbeleid is gelegen in de Gemeentewet. Deze wet kent, anders dan de oude gemeentewet, geen bijzondere bepalingen over het aanbesteden van werken. Meer in het algemeen geldt dat het gemeentebestuur bevoegd is tot de regeling en bestuur van de huishouding van de gemeente (artikel 108 Gemeentewet).

Historisch onderzoek leert dat de gemeentewetgever in 1851 de bevoegdheden ter zake van de aanbesteding van werken strikt had willen scheiden. De raad was bevoegd tot de keuze tussen de openbare en onderhandse aanbesteding. Burgemeester en Wethouders waren belast met de feitelijke aanbesteding en de gunning. En ook tussen de openbare en onderhandse aanbesteding bestond oorspronkelijk een scherpe scheiding. Alleen de onderhandse aanbesteding stond onder het preventieve toezicht van Gedeputeerde Staten. Deze aanbestedingsregelgeving had de bedoeling het gildesysteem te doorbreken en de (binnenlandse) markt open te stellen. Inmiddels is er van deze strikte scheidingen niets meer over. Er bleken in de praktijk niet alleen veel verschillende opvattingen te bestaan over wat een openbare - danwel onderhandse aanbesteding was, maar er was er ook steeds minder sprake van een duidelijke scheiding van bevoegdheden. Decentralisatie leidde er in 1966 toe dat het preventieve toezicht op de onderhandse aanbesteding werd afgeschaft. Het werd aan het plaatselijk beleid overgelaten of er openbaar dan wel onderhands zou worden aanbesteed. Het uitgangspunt van de openbare aanbesteding dat dan nog onverkort in de gemeentewet staat, is dan praktisch al een dode letter. En daarmee was de facto de keuze van de aannemer afhankelijk van de 'plaatselijke omstandigheden' (behoudens de mogelijkheid tot (achteraf) repressief toezicht door de Kroon). De wetgever motiveerde deze vergaande decentralisatie met een beroep op de EEG-aanbestedingsregelgeving, waardoor de aanbesteding vaak in het openbaar zou worden aangekondigd.

### *De Europese dimensie*

Het aanbesteden van (bouw)werken door de overheid is al lang niet meer een zaak van louter nationale aard. Het terrein van de overheidsaanbesteding vormt een speerpunt in de (verdere) ontwikkeling van de Europese (interne) markt. Daartoe zijn al in de jaren zeventig een aantal richtlijnen ontwikkeld. De *liberalisatierichtlijn* (71/304) beoogt de verdere openstelling van de bouwmarkt, door het verbod van non-discriminatie naar nationaliteit. De *coördinatierichtlijn* (93/37) beoogt de afstemming van het aanbestedingsbeleid der lidstaten, voorzover dat is gericht op de optimalisering van de verhouding tussen prijs en kwaliteit. Het middel daartoe vormt de harmonisatie van de nationale aanbestedingsprocedures. Voor de keuze van een aanbestedingsprocedure is het nationale recht bepalend. Centraal staat de verbetering van de informatievoorziening, waardoor de bouwmarkt aan transparantie wint in het belang van de aannemers. Tot het midden van de jaren tachtig had de coördinatierichtlijn nauwelijks praktische betekenis. Gedwongen door de economische omstandigheden werd het openstellen van de nationale markten opportuun. Dit leidde tot een aanscherping en een uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijnbebalingen. Sinds 1989 is het Europese richtlijnenarsenaal verrijkt met een rechtsmiddelenrichtlijn, die voorziet in een procedure waardoor op de inachtneming van

de bepaalde in de coördinatie-richtlijn gemeenschappelijk toezicht kan worden uitgeoefend.

### *De nationale aanbestedingsreglementering*

De wijze waarop gegadigden worden geselecteerd en aan het werk vervolgens aan één der inschrijvers wordt gegund is op het nationale niveau geregeld in een tweetal Uniforme aanbestedingsreglementen (UAR). Het UAR 1986 dat het UAR 1972 vervangt, beoogt een bijdrage te leveren aan een betere marktordening. De machtsverhoudingen op de bouwmarkt kunnen er namelijk gemakkelijk toe leiden dat aannemers tegen elkaar worden uitgespeeld ('leuren'). Iedere aannemer moet gelijke kansen worden geboden op inschrijving. Door het verstrekken van duidelijke informatie moet de aannemer in staat worden gesteld te beoordelen of hij voor het werk zal inschrijven. Het UAR 1986 regelt de verschillende aanbestedingsprocedures voor werken onder 5 miljoen Ecu, de zogenaamde 'Europese drempel'. Daarboven is het speciaal voor Europese aanbesteding ontwikkelde UAR-EG 1991 toepasselijk, waarvan inhoud en systematiek zoveel mogelijk gelijk zijn aan het UAR 1986, zij het dat daarin de aanpassingen die voortvloeien uit de gewijzigde coördinatie-richtlijn zijn verwerkt. Hoewel zij daartoe niet zijn verplicht, maken gemeenten in de praktijk vrijwel altijd gebruik van deze aanbestedingsreglementen.

### *Werkhypothese*

Evenals de Europese richtlijnen gaan de aanbestedingsreglementen uit van de openbare aanbesteding (procedure). De vraag is wat de betekenis daarvan is, zolang de formele wetgever nalaat expliciet aan te geven 'hoe' er moet worden aanbesteed en de gemeente de vrijheid wordt gelaten om een andere aanbestedingsprocedure te kiezen. Met het wegvallen van de preventieve toetsing op de onderhandse aanbesteding in 1966 lijkt het erop dat gemeenten voortaan zelf uitsluitend aan het financiële belang dat met de opdracht is gemoeid, zouden moeten toetsen en dus bij voorkeur openbaar zouden moeten aanbesteden. Daarmee ontbreekt echter de grond voor toetsing aan andere beleidsuitgangspunten, hoewel die in de praktijk wel degelijk een grote rol spelen. De decentralisatie in 1966 maakte met andere woorden de weg vrij voor een soortgelijk beleidsinstrumenteel gebruik van het privaatrecht als waarvan bij voorbeeld ook bij de gronduitgiftevoorwaarden sprake is. Gemeenten kunnen zo vrijelijk gebruik maken van die UAR-procedure die hun - als marktpartij - het beste uitkomt. Sommige schrijvers erkennen echter dat bij de aanbesteding van werken problemen kunnen ontstaan in verband met het beginsel van de rechtsgelijkheid, dat speciaal de overheid bij de opdrachtverlening in acht zou moeten nemen. Dit leidt tot de werkhypothese, dat er kennelijk behoefte is aan 'zoiets als een aanbestedingsbeleid', waarbij de gemeente een zekere ordening aanbrengt in het scala van beleidsuitgangspunten ter gelegenheid van een aanbesteding. Een dergelijk beleid bestaat in de afweging tussen de mogelijk bij de opdrachtverlening te betrekken beleidsuitgangspunten, met als sequel de keuze van een bepaalde aanbestedingsprocedure. Met deze werkhypothese hangt de volgende probleemstelling samen: welke eisen moeten worden gesteld aan een gemeentelijk aanbestedingsbeleid?

### *Eisen aan de beleidsuitgangspunten*

De regeling van het belang van een *financiële doelmatige* aanbesteding staat centraal in de nationale aanbestedingsreglementen en de Europese coördinatie-richtlijn. In het vierde hoofdstuk wordt onderzocht welke eisen de nationale en Europese aanbestedingsregelge-

ving stellen aan de selectie- en gunningscriteria. Een tweede kwestie die met name aandacht verdient is of er, ter gelegenheid van de opdrachtverlening, ook ruimte is voor andere beleidsuitgangspunten. Voor dit laatste zou gedacht kunnen worden aan het lokale werkgelegenheidsbeleid. Mag een dergelijke overweging worden meegewogen in de uiteindelijke opdrachtverlening?

a. *Op het nationale niveau.* Anders dan in het UAR 1972 zijn in het UAR 1986 de selectie- en gunningscriteria verregaand geobjectiveerd, waardoor de doorzichtigheid van de procedures kon worden verbeterd. Door de objectivering van de selectie- en gunningscriteria moest worden bereikt dat beoordelingsvrijheid van de aanbesteder werd gerelateerd aan de in het bestek of in de bekendmaking vermelde eisen en criteria. Deze objectivering is overigens beperkt tot de openbare aanbesteding en de aanbesteding met voorafgaande selectie. Bovendien introduceert het UAR 1986 de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven als geschillenbeslechter op het gebied van de (overheids)aanbesteding.

Naast de algemene maatschappelijke geschiktheidseisen (zoals het bezit van een vestigingsvergunning), kan de aanbesteder het bewijs vragen van de financiële, economische en technische capaciteit van de aannemer. De eisen moeten *objectief en eenduidig* zijn, alsmede in redelijke verhouding staan tot het werk (*evenredigheidsbeginsel*). De eisen van objectiviteit en eenduidigheid beogen de transparantie van de bouwmarkt te vergroten en de concurrentie te beperken tot min of meer gelijkwaardige bedrijven. Ten dele dienen zij het belang van de inschrijver: deze moet kunnen beoordelen of zijn onderneming voor gunning in aanmerking komt. Anderzijds moet het ontwerpen van een profielschets, waaraan de inschrijver moet voldoen, worden overgelaten aan het beleid van de aanbesteder. Arbiters toetsen de voorwaarden die aan de geschiktheidseisen worden gesteld daarom terecht marginaal. Het *evenredigheidsbeginsel* beoogt de bevordering van een gezonde concurrentie door het aantal aspirant-inschrijvers tot min of meer gelijkwaardige bedrijven te beperken. Het gaat hier om het *marktbeleid* van de aanbesteder. Ook daarbij past een wat terughoudender arbitrale toetsing.

De *gunningscriteria* betreffen de aan het werk te stellen eisen. In beginsel geldt het criterium van de *laagste prijs*. Maar er kunnen ook *andere gunningscriteria* worden gehanteerd.

Of de aannemer voor gunning in aanmerking komt is van twee vragen afhankelijk. Ten eerste dient hij aan de bekendgemaakte geschiktheidseisen te voldoen, en verder moet hij redelijkerwijs in staat worden geacht het werk vakkundig en op regelmatige wijze uit te voeren. Met name deze tweede toets bedreigt de objectiviteit. Bovendien hoeft de aanbesteder na een aanbesteding na selectie niet alle gegadigden, die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen, de kans te geven om in te schrijven. Dit staat bekend als '*het zwarte gat*': het moment waarop de aanbesteder een nagenoeg onbeperkte en oncontroleerbare discretionaire bevoegdheid kan uitoefenen. De vraag of een inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, dient 'vol' te worden getoetst met een zeker respect voor de beleidsvrijheid van de aanbesteder. Het gaat erom, of de inschrijver in beginsel in aanmerking komt voor gunning, waarbij de *beleidsvrijheid* van de aanbesteder klein moet worden geacht. Pas als de inschrijver aan de volledige profielschets voldoet, komt hij

voor de opdracht in aanmerking. Hoewel de aanbesteder niet kan worden verplicht om het werk op te dragen, moet in enkele gevallen een gunningsplicht worden aangenomen. Naast de objectivering van de criteria introduceerde het UAR 1986 een bescheiden motiveringsplicht: de aanbesteder moet achteraf begrijpelijk maken waarom de gegadigde niet tot de inschrijving is toegelaten c.q. waarom het werk hem niet is opgedragen. Het UAR-EG 1991 trekt de in het UAR 1986 uitgezette lijnen door. Het 'zwarte gat' lijkt geëlimineerd, doordat een andere systematiek is gekozen. En bovendien zijn er motiveringsplichten bij gekomen; ook voor de aannemer.

*b. Op het Europese niveau.* Het op het nationale niveau gevoerde prijs/ kwaliteitsbeleid wordt op Europees niveau gecoördineerd. De coördinatie-richtlijn onderscheidt tussen algemene geschiktheidseisen, selectie-eisen (dat wil zeggen: bijzondere geschiktheidseisen) en gunningscriteria. Voor de vaststelling van de algemene geschiktheid noemt de richtlijn een aantal inhoudelijke criteria. Voor de specifieke capaciteiten geeft de richtlijn referenties en geschiktheidscriteria. Deze criteria houden verband met economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid. De publikatievoorschriften hebben betrekking op de te verlangen referenties. Door de aanbesteder te verplichten voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure de deelnemingscriteria bekend te maken wordt de transparantie van de bouwmarkt bevorderd. Hetgeen nog wordt versterkt door de in de gewijzigde richtlijn opgenomen wederzijdse motiveringsplichten. De inhoud van de selectie-eisen wordt bepaald op basis van het nationale recht: het UAR.

De overheid heeft bij de gunning op basis van de economisch voordeligste aanbieding een *discretionaire beslissingsruimte*, zij het dat de gunningscriteria *objectief en strikt relevant* moeten zijn met betrekking tot het werk en uniform van toepassing voor alle aannemers ongeacht hun nationaliteit. Uit 's Hofs jurisprudentie komt naar voren, dat de bepalingen inzake de deelneming tot doel hebben te voorkomen dat de gegadigden zijn overgeleverd aan de willekeur van de aanbesteder.

Met de gewijzigde richtlijn wordt op communautair niveau het motiveringsbeginsel geïntroduceerd in de relatie tussen aanbesteder en gegadigden c.q. inschrijvers: de aanbesteder zal meer dan voorheen zijn handelen moeten motiveren.

Het Hof en de Europese Commissie achten het verder mogelijk dat er naast de eisen en criteria in de richtlijn nog *aanvullende voorwaarden* worden geformuleerd, die een rol kunnen spelen bij het verlenen van de opdracht. Selectie-eisen en gunningscriteria moeten principieel worden onderscheiden van deze 'aanvullende voorwaarden': deze voorwaarden mogen niet gaan fungeren als verkapte selectie- of gunningscriteria. Onderzocht is aan welke eisen de eventuele '*andere*' *beleidsuitgangspunten* (de zogeheten 'aanvullende voorwaarden') zouden moeten voldoen. Een 'aanvullende voorwaarde' kan gerechtvaardigd worden door 'dwingende eisen van algemeen belang' (wanneer er althans geen harmonisatiemaatregelen bestaan). Het Hof laat de lidstaten wat betreft de keuze van beschermenswaardige belangen een ruime beleids marge. Dat de beperking gerechtvaardigd moet zijn veronderstelt dat de 'aanvullende voorwaarde' evenredig moet zijn aan de te bereiken doelstelling (het beschermenswaardige belang). De *evenredigheidsstoets* loopt over drie sporen: de *geschiktheidseis*, de *noodzakelijkheidseis* en de *proportionaliteitseis*. Blijkens de aangehaalde jurisprudentie toetst het Hof met name aan de twee eerste eisen.

Dat maatregelen evenredig moeten zijn betekent, dat zij *objectief noodzakelijk* moeten zijn.

Wat de *publicatie* betreft, heeft het Hof overwogen, dat bij een aanvullende voorwaarde alle procedurevoorschriften van de richtlijn moeten worden nageleefd. Dat betekent dat een dergelijke uitsluitingsgrond in de aankondiging van de opdracht moet worden vermeld, opdat de aannemers van het bestaan ervan kennis kunnen nemen.

### *Grondslagen van aanbestedingsbeleid*

Wanneer eenmaal de marges zijn verkend waarbinnen de gemeente beleidsuitgangspunten kan formuleren, rest nog de vraag naar de grondslagen van aanbestedingsbeleid. Aan welke eisen dient het aanbestedingsbeleid te voldoen? Bepleit wordt om de huidige privaatrechtelijke benadering te vervangen door een bestuursrechtelijke. In weerwil van de gedachte dat iedereen gelijke kansen zou moeten hebben op inschrijving, doet zich feitelijk een instrumentele aanbestedingspraktijk voor, die op geen enkele wijze waarborgen schept voor een correcte belangenafweging. Uitgangspunt voor het normatieve beleidskader moet naar mijn oordeel zijn dat de overheid op elk moment onderworpen is aan bestuursrechtelijke grondslagen. Daarbij gaat het met name om de vraag of een bepaald overheidsoptreden *publiekrechtelijk* toelaatbaar is. Dit *primaat van het bestuursrecht* dient naar mijn mening het *primaat van de openbare aanbesteding* te vervangen. In het bijzonder is er geen sprake van contractsvrijheid aan de zijde van de overheid. In plaats van contractsvrijheid is sprake van een nader te normeren beleidsvrijheid: de plicht tot het afwegen van belangen. En deze afwegingen dienen plaats te vinden op basis van een geobjectiveerd, rationeel besluitvormingsmodel.

De eisen die aan het aanbestedingsbeleid moeten worden gesteld, zijn de eisen die ten grondslag liggen aan de bevoegdheid tot aanbesteden. Het gaat dan om een viertal beginselen: het gelijkheidsbeginsel, het openbaarheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het beginsel van een (financieel-)doelmatige aanbesteding. Deze eisen zijn te beschouwen als de nadere uitwerking van de algemene bestuursrechtelijke grondslagen: rechtsstaat, democratie en technische rationaliteit. Meer in het bijzonder zijn deze beginselen te beschouwen als *structuurbeginselen*: rechtsbeginselen, die eisen stellen aan de *inhoud van het aanbestedingsbeleid*. Het zijn beginselen die als zodanig ten grondslag liggen aan de besluitvorming inzake de aanbesteding van werken, onafhankelijk van de vraag of de diverse beslissingen ook externe publiekrechtelijke rechtsgevolgen hebben.

Het *gelijkheidsbeginsel* stipuleert de eis van beleid. Het is wenselijk dat er vaste beleidslijnen worden ontwikkeld. Soms treedt naast het gelijkheidsbeginsel nog het vertrouwensbeginsel op, namelijk wanneer aannemers bepaalde verwachtingen mogen ontleenen aan het tot dan toe gevoerde overheidsbeleid, waarbij ook valt te denken aan het effect van beleidsregels (zoals het UAR). Van de eis van beleid zou weinig overblijven wanneer het beleid niet tevens *openbaar* zou zijn. Openbaar aanbestedingsbeleid betekent dan dat het besluitvormingsproces rondom de aanbesteding van werken steeds in de volle openbaarheid moet plaatsvinden. Het veronderstelt tevens dat het beleid in een schriftelijk stuk (beleidsnota) wordt neergelegd. Aan deze beleidsnota kunnen de volgende vier functies worden toegedacht: een *politieke beleidsfunctie*, een *politieke controlefunctie*, een *coördinatiefunctie* en een *functie als referentiekader in heroepszaken*. Het uitgangspunt



van de openbaarheid van de besluitvorming rond de aanbesteding leidt er toe dat onderhandse (d.w.z. niet in het openbaar bekend gemaakte) aanbestedingen tot de zeldzame uitzonderingen behoren. Het *motiveringsbeginsel* heeft betrekking op de (rationele) argumentatie die ten grondslag liggen aan de blijkens het beleid gemaakte keuzes, en hangt ten nauwste samen met de 'eis van beleid'. Naast deze rechtmatigheidseisen staat het bestuurspostulaat: er moet bestuurd worden (het *doelmatigheidsbeginsel*).

Het bestuursrechtelijke primaat betekent dat de besluitvorming in het kader van de UAR-aanbestedingsprocedure zich afspeelt binnen een overigens volledig bestuursrechtelijk besluitvormingsproces. De aan het aanbestedingsbeleid te stellen bestuursrechtelijke eisen vormen als het ware een besluitvormingsparaplu boven de (beperkttere) besluitvorming in het kader van het UAR. De bestuursrechtelijke eisen gelden ook tijdens de UAR-aanbestedingsprocedure. De grondslag voor het bestuurlijke besluitvormingsproces moet worden gezocht in de aanbestedingsbevoegdheid van de gemeenten. De besluitvorming in het kader van de UAR-aanbestedingsprocedure vindt plaats op basis van de aanbestedingsovereenkomst; een wederkerig element in de gemeentelijke besluitvorming. Waar het accent bij de aanbesteding(overeenkomst) zozeer ligt op het besluitvormingsaspect voorafgaand aan het sluiten van het aannemingscontract, zou ik willen verdedigen dat de aanbestedingsovereenkomst het best ware te typeren als een *publiekrechtelijke overeenkomst*: een middel in het kader van de besluitvorming (evenals voorbereidende besluiten, procedurele beslissingen) dat - gelet op de noodzakelijke wederkerigheid - in een aan het Burgerlijk Wetboek ontleende vorm wordt gegoten. Zo bezien zijn de beginselen die aan het UAR ten grondslag liggen 'slechts' de *aanbestedingsprocedurele pendanten* (species) van de overigens bestuursrechtelijke structuurbeginselen van aanbestedingsbeleid.

Passend bij deze bestuursrechtelijke benadering bepleit ik een systeem waarbij alle geschillen betreffende de aanbesteding van overheidscontracten, ongeacht de aard van de handeling of het nagestreefde rechtsherstel, door dezelfde administratieve rechter zouden worden beoordeeld. Bovendien zou de administratieve rechter zich dan niet moeten beperken tot de vraag of het individuele belang niet te zeer geraakt wordt in verhouding tot het te dienen algemene belang (proportionaliteit). Hij zou moeten overgaan tot een objectieve noodzakelijkheidstoetsing. Dat zou een verschuiving betekenen van de concrete besluitvorming naar de fase van de beleidsvorming/- bepaling. Het komt mij voor dat een dergelijke beleidsfasetoetsing geschikt (en gewenst) is voor de rechtmatigheidstoetsing van de besluitvorming ter zake van de aanbesteding van werken. Het gaat er niet slechts om of het individuele belang niet te zeer geraakt wordt in verhouding tot het te dienen algemene belang (proportionaliteit), maar met name ook of de gemeente terecht bepaalde criteria en (aanvullende) voorwaarden stelt. Laat men het formuleren van die criteria en voorwaarden over aan de beleidsvrijheid van de gemeente, zonder dat de geschiktheid of de noodzakelijkheid van een maatregel is komen vast te staan, dan zal proportionaliteitstoetsing weinig meer kunnen uitrichten. Door de toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid van de criteria en aanvullende voorwaarden wordt de beleidsvrijheid zelf voorwerp van een administratiefrechtelijke rechtmatigheidstoets.

Het onderzoek eindigt met een pleidooi voor een Wet op de overheidsopdrachten, die verder gaat dan het uitsluitend regelen van aanbestedingsprocedurele kwesties. Aansluiting

bij de Algemene wet bestuursrecht zou kunnen worden bereikt door aanpassing van artikel 8:3 Awb. Aan het slot van deze bepaling zou moeten toegevoegd: 'behoudens de in de wet (=in formele zin) geregelde gevallen'. Daarmee wordt bereikt dat de wetgever kan bepalen welk(e) overheidscontract(en) voor afzonderlijke regeling in aanmerking komen.





## Synopsis

### *Powers of local authorities to put out work to tender*

It is possible to speak of public procurement if a local authority offering work to tender invites a restricted or unrestricted number of contractors to tender an offer. The basis of the policy to be conducted by the local authority regarding the putting of work out to tender is laid down in the Local Authority Act (*Gemeentewet*). In contrast to the former Local Authority Act, this new act does not contain any provision regulating the putting of work out to tender. In general the rule applies that the local authority executive is empowered to provide for and administer the running of the local community (Article 108 Local Authority Act).

Historical research shows that the legislator of the Local Authority Act 1851 wanted to keep a strict separation of the powers regarding the putting of work out to tender. The council was empowered to make a choice between the open and the restricted form of putting out work to tender. The mayor and aldermen were charged with actually putting the work out to tender and with the allocation of the contract. Furthermore, there was originally a sharp distinction between the open and restricted procurement procedures. Only the restricted tender procedure was subject to the preventative supervision of the Provincial Executive. These legislative provisions on public procurement purported to break through the guild system and to secure openness of the (domestic) market. These days nothing remains of these strict separations. It appeared that, in practice, not only were there many differences of opinion as to when putting work out to tender was open or restricted, but there was, moreover, less and less talk of a clear separation of powers. Decentralisation led in 1966 to the abolition of the preventative supervision of the restricted procurement procedure. It was left up to local policy to determine whether work was put out by open or restricted form. The assumption, then still expressed in the Local Authority Act, that work is, in principle, to be put out by the open form, is thus in practice a dead letter. Accordingly, (apart from the possibility of repressive supervision (after the event) by the Crown), the choice of contractor depended upon 'local conditions'. The legislator explained this far-reaching decentralisation by reference to the EEC legislation on public procurement, according to which the putting of work out to tender is often announced in public.

### *The European dimension*

The putting out to tender of (construction) work by the government is not an exclusively domestic matter. The field of public procurement forms a spearhead in the (further) development of the European (internal) market. Already in the 1970s a number of directives were developed to this end. The *Liberalisation Directive* (71/304) strives, through the prohibition of discrimination according to nationality, for further opening up of the construction market. The *Coordination Directive* (93/37) tries to secure, insofar as is conducive to optimisation of the relationship between price and quality, that the policies in the various Member States regarding public procurement are geared up to one another. The mechanism for pursuing this goal is the harmonisation of the national procurement procedures. Domestic law determines the procedure for putting work out to tender. The central concern is the improvement of the flow of information, by which, in the interests of potential contractors, the construction market gains transparency. Until mid-way in the 1980s the Coordination Directive had almost no practical significance. Under pressure of economic circumstances, the advantages of opening up the national markets became apparent. This led to a refinement of definition and

extending of the field of operation of the provisions of the Directive. Since 1989 the European arsenal of directives includes a legal remedy directive, which provides for a procedure by which the community can supervise compliance with the provisions of the Coordination Directive.

#### *National provisions on putting work out to tender*

The way in which candidates are selected and the work is subsequently allocated to one of the applicants is regulated at national level in two Uniform Public Procurement Regulations (UPPR; *Uniform aanbestedingsreglement*). The UPPR 1986, which replaces the UPPR 1972, purports to make a contribution to better organisation of the market. The power relationships in the construction market make it possible for the authority putting the work out to tender to play the contractors off against one another ('hawking'). Each contractor should be given an equal chance of making a tender. Through the provision of unambiguous information each contractor should be placed in a position to consider whether he will make a tender for the work. The UPPR 1986 regulates the various procurement procedures when the contract is worth less than 5 million ECU, the so-called 'European threshold'. Additionally the EEC-UPPR 1991 (*Uniform aanbestedingsreglement-EG 1991*), specially designed for public procurement in the European market, is applicable, the content and structure of which is so far as possible like that of the UPPR 1986, albeit that the 1991 directive, but not the 1986 directive, contains adjustments flowing from the Coordination Directive. Local authorities, although not obliged to do so, in practice nearly always use these public procurement regulations.

#### *Working hypothesis*

Just like the European directive, the Uniform Public Procurement Regulations use the open procurement procedure as a starting-point. The question is, as long as the legislator fails to indicate explicitly 'how' work must be put out to tender and the local authority is given the freedom to choose another procedure for putting work out to tender, as to the significance of this starting-point. Once the preventative supervision of the restricted form of putting work out to tender was abolished in 1966, it seemed as if local authorities should forthwith themselves scrutinise exclusively the financial implications of the commission of work and therefore should by preference use the open form of putting work out to tender. In these conditions there is no basis for scrutiny in the light of other policy considerations, notwithstanding that such other considerations play a large role in practice. In other words the decentralisation in 1966 paved the way for a sort of policy-orientated application of private law such as, for example, is to be found in the conditions attached to dispositions of land. Local authorities can thus make free use of the UPPR-procedure which works out the best for the authority as a party in the open market. Some writers recognise that, in putting out work for tender, problems can arise in connection with the principle of equality before the law, of which principle in particular the government should take account when commissioning the work. This leads to the working hypothesis that there is evidently a need for 'something like a public procurement policy', according to which the local authority brings a certain order in its scale of policy considerations bearing upon putting work out to tender. Such policy is inherent in the attainment of a balance of possible policy considerations pertaining to the commissioning of the work, with the sequel of the choice for a certain procurement procedure.

The following question is connected with this working hypothesis: to which requirements should a local authority's policy regarding the putting of work out to tender be subject?

#### *Requirements of the policy considerations*

The regulation of the interest in a *financially efficient* putting out of work to tender is of central concern in the national regulations on public procurement and in the European Coordination Directive. In the fourth chapter the requirements imposed by national and European legislation on the selection and allocation aspects of public procurement are scrutinised. A second question which especially requires attention is whether in the event of commissioning the work there is also room for other policy considerations. An example of the latter would be local policy on employment opportunities. May such consideration be taken account of in the final commissioning of work?

a. *At national level.* In contrast to the position in the UPPR 1972 the UPPR 1986 renders objective to a far-reaching extent the selection and allocation procedures, with the result that it has become possible to make the procedures easier to oversee. The purpose of rendering the selection and allocation criteria objective was to harness the freedom of choice of the local authority putting the work out to tender to criteria mentioned in the specification of work or announcement. This process of rendering objective is restricted to the open public procurement procedure and to the open public procedure with prior selection.

Furthermore the UPPR 1986 introduced the Council of Arbitration for Construction Firms to resolve disputes in the field of (government) procurement.

In addition to the general requirements as to suitability (such as being in possession of a licence permitting establishment), the local authority putting the work out to tender may request evidence of the contractor's financial, economic and technical abilities. The requirements must be *objective and unambiguous*, moreover they must be of relevance to the work which is to be performed (*proportionality principle*). The requirements of being objective and unambiguous aim to enhance the transparency of the construction market and to secure that competition for any given procurement of public work takes place between firms of more or less equal value. The requirements serve partly the interests of the contractor registering an interest in the work: such contractor should be placed in a position to assess whether or not his firm is eligible for allocation. Partly the specification of the profile of the desired contractor must be left up to the policy of the local authority putting the work out to tender. Arbitrators therefore rightly subject the requirements relating to suitability to an only marginal scrutiny. The *proportionality principle* aims to achieve a healthy competition by restricting the number of aspirant-contractors to firms of more-or-less equal value. One is here concerned with the *marketing policy* of the authority putting the work out to tender. Also in this matter restraint by arbitrators is called for.

The *allocation-criteria* concern the requirements to be imposed upon the work. In principle the *criterion of the lowest price* applies. But *other allocation-criteria* may be applied.

Whether a contractor is eligible for allocation turns upon the answer to two questions. First, he must satisfy the publicised requirements pertaining to suitability, and moreover it must be reasonably apparent that he is in a position to perform the work skilfully and with regularity. In particular this second test poses a threat to objectivity of the requirements. Fur-

thermore the local authority putting work out to tender is not required, after putting work out to tender, to give all candidates satisfying the specified suitability requirements the chance to submit a tender. This is well-known as the '*black hole*'; the moment at which the local authority putting work out to tender can exercise an almost unlimited and uncontrollable discretionary power. The question whether a contractor who has submitted a tender satisfies the specified requirements as to suitability should be 'fully' tested with a certain respect for the freedom of the local authority putting the work out to tender to determine policy. The issue is whether the firm which has submitted the tender is in principle eligible for allocation, an issue in relation to which the *right to determine policy* of the local authority putting work out to tender only has a limited bearing. Only when the contractor who has submitted the tender entirely fulfils the desired profile can he be considered eligible for the commission of work. Although the local authority putting the work out to tender cannot be obliged to commission the work, an obligation to allocate must in any case be taken to be established. In addition to rendering the criteria objective, the UPPR 1986 introduced a modest obligation to give reasons; the local authority putting the work out to tender must subsequently be able to explain why the candidate was not permitted to submit a tender, or, when applicable, why he was not commissioned to do the work. The EEC-UPPR 1991 takes the principles in the UPPR 1986 a step further. The '*black hole*' appears, through the choice of another system, to have been eradicated. Moreover new obligations to give reasons are established, also for the contractor.

b. *At European level.* The policy operating at national level regarding price and quality is coordinated at European level. The Coordination Directive distinguishes general requirements as to suitability, selection requirements (i.e.: special requirements as to suitability) and allocation criteria. In order to determine suitability in general the directive itemises a number of substantive *criteria*. Regarding the specific criteria the directive lays down recommendations and criteria as to suitability. These criteria concern economic and financial capacity and technical ability. The publication specifications concern the recommendations to be required. By requiring the local authority putting work out to tender to specify in advance of the procedure of putting the work out to tender the criteria determining participation, the transparency of the construction market is enhanced. This transparency is further enhanced by the mutual obligations, specified in the amended directive, to give reasons. The contents of the selection-requirements are determined on the basis of national law: the UPPR.

The government has a *discretionary power of decision* in the allocation on the basis of the most economically advantageous offer, albeit that the criteria of allocation must be *objective and strictly relevant* to the work and must be uniformly applied to all contractors regardless of their nationality. It is apparent from case law that the provisions on participation aim to avoid candidates being subject to the whim of the local authority putting out work to tender. Through the amended directive the principle that reasons be given in the relationship between the local authority putting work out to tender and candidates, or, as applicable, authority making a tender is introduced at Community level: more than formerly the local authority putting out work to tender will have to give reasons for decisions.

The Court and the European Commission consider it furthermore possible that, in addition to the requirements and criteria in the directive, further '*supplementary conditions*' could be imposed, which could play a role in the commissioning of work. Selection requirements and

allocation criteria must, as a matter of principle, be distinguished from these 'supplementary conditions'; such conditions must not be deployed as attenuated selection or allocation criteria. The requirements which these 'other' *policy considerations* (the so-called 'supplementary conditions' should satisfy is examined. A 'supplementary condition' can be justified by 'urgent requirements of general interest' (at any rate when there are no harmonisation provisions applicable). The Court permits the Member States a broad margin of appreciation when determining the choice of interests deserving of protection. The requirement that the restriction must be justified pre-supposes that the 'supplementary condition' must be in proportion to the aim pursued (the interest deserving protection). This *proportionality test* encapsulates three elements: the requirement that the measure is *appropriate*; the requirement that the measure is *necessary* and the requirement that the measure is *in proportion to the aim pursued*. The case law referred to shows that the Court tests, in particular, compliance with the first two requirements. The requirement that measures must be proportionate means that they must be *objectively necessary*.

On the subject of *publicity*, the Court has held that, where a 'supplementary condition' is concerned, all procedural requirements imposed by the directive must be complied with. That means that such condition justifying exclusion must be mentioned in the announcement of the commission of work, in order that contractors are informed of the existence of such condition.

#### *Principles of public procurement policy*

Once the parameters are established within which the local authority can formulate policy considerations, there remains the question of the principles of public procurement policy. What are the requirements which the policy regarding the putting of work out to tender should fulfil? It is contended that the present private law approach should be replaced with an administrative law approach. Notwithstanding the ideal that everyone ought to have an equal chance of submitting a tender, in reality work is put out to tender according to an instrumentalist practice which in no respect provides guarantees for a correct balancing of interests. In my view the starting-point for the normative policy-framework should be that the government is at all times subject to the principles of administrative law. In particular the issue is whether an action by the government is, in a *public law* sense, permissible. This *primacy of administrative law* should, in my opinion, replace the primacy of the open form of putting work out to tender. In particular it cannot be said that there is freedom of contract on the side of the government. Instead of freedom of contract it is appropriate to speak of a freedom - which requires to be more closely specified - to determine policy: the obligation to weigh up interests. And this weighing up of interests should take place on the basis of an objectively sound, rational decision-making model.

The requirements which the policies regarding the putting of work out to tender should be required to fulfil are the requirements which lie at the foundations of the power to put work out to tender. There are four principles: the principle of equality, the principle of publicity, the principle requiring reasons to be given and the principle that putting work out to tender should be (financially) effective. These requirements should be regarded as specific consequences of the general principles of administrative law: the rule of law, democracy and technical rationality. More particularly these principles should be regarded as *structure principles*: legal principles which impose requirements regarding the *contents of public procurement*

*policy*. They are principles which as such form the foundation of decision-making in respect of putting work out to tender, quite irrespective of the question whether the various decisions also have external public law effects.

The *principle of equality* specifies that there must be a policy. It is highly desirable that fixed policy rules are developed. Sometimes, in addition to the principle of equality, the principle of good faith is operative; namely, whenever contractors are entitled, having regard to the government policy developed on putting work out to tender - including the effect of such policy rules as the UPPR -, to have certain expectations. There would not be much left of the requirement that a policy be developed without the additional *requirement of publicity*. A public procurement policy means that the decision-making process concerning the putting of work out to tender must always take place in full public view. Furthermore it is necessary that the policy is laid down in a written document (policy document). Such policy document fulfils the following four functions: a *political policy function*, a *political check function*, a *coordination function* and a *function as point of reference in appeal cases*. The basic proposition of publicity of decision-making when putting work out to tender leads to the result that restricted (i.e. not announced in public) putting of work out to tender becomes a rare exception. The *principle that reasons should be given* pertains to the (rational) argument which lies at the basis of the choices made in formation of the policy, and is closely linked to the 'requirement that there be a policy'. In addition to these requirements of legality there is the requirement that administration be effective.

The primacy of administrative law means that decision-making in relation to the UPPR procedure for putting work out to tender takes place within an entirely administrative law decision-making process. The requirements imposed by administrative law upon the policy on putting work out to tender comprise, as it were, a decision-making umbrella above the more limited decision-making within the context of the UPPR. The administrative law requirements apply throughout the UPPR procurement procedure. The foundation of the administrative law decision-making process must be sought in the powers of local authorities to put work out to tender. Decision-making in the context of the UPPR public procurement procedure takes place on the basis of a contract to put work out to tender: a reciprocal element in the local authority's decision-making. Where the accent in the case of the contract to put work out to tender so evidently lies upon the decision-making element which precedes the conclusion of a contract commissioning work, I would propound the view that the contract to put work out to tender should be treated as a *public law contract*: a mechanism in the context of decision-making (just like preparatory resolutions, procedural decisions) which - in the light of the necessary reciprocity - will be expressed in the form of one of the contracts of the Civil Law Code. When regarded in this light the principles underlying the UPPR form 'merely' the *procedural incidents* (species) within the structural principles of administrative law governing the formation of policy on putting work out to tender.

In accordance with this administrative law approach I argue for a system in which all disputes concerning the putting out of work to tender of government contracts, regardless of the type of transaction or the legal remedy sought, should be adjudicated by the same administrative law judge. Furthermore the administrative law judge should not confine his attention to the question whether the individual interest is not too seriously affected in relation to the general interest which is pursued (proportionality). He should engage in an examination of the



objective necessity of the measure. That would mean there would be a shift of attention from the concrete decision-making towards the phase of formation of policy. It seems to me that such judicial scrutiny at the policy phase is conducive (and desirable) to achieve judicial scrutiny of the legality of decision-making on putting work out to tender. It is not only the issue whether the individual interest is not too seriously affected in relation to the general interest pursued (proportionality), but, namely, also whether the local authority is right to insist upon fulfilment of certain criteria and (supplementary) conditions. If one leaves the formulation of the criteria and conditions over to the local authority's freedom to make policy, without scrutinising the aptness or the necessity of a measure, then the proportionality test will achieve little. By testing the aptness and the necessity of the criteria and supplementary conditions the freedom to make policy itself can be scrutinised for its legality according to the principles of administrative law.

This research concludes with a plea for a Public Procurement Act (*Wet op de overheidsopdrachten*), which Act would go further than merely regulating the procedural questions arising from putting work out to tender. A link to the Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*) could be found by application of Article 8:3 Administrative Law Act. At the conclusion of this provision could be added: 'apart from the cases provided for by law (i.e. primary legislation)'. In this way the legislature is given the opportunity to determine which government contracts should be provided for separately.